

破产抵消权与民法抵消权行使之异同

倪 静*

抵消是民法中债的消灭方式之一。民法学上所谓的抵消,是指双方互负债务而其给付种类相同,一方得以其债务与对方之债务,按对等数额使其相互消灭之意思表示。^①为抵消的债权,即债务人的债权,称为自动债权、主动债权、抵消债权或反对债权;被抵消的债权,即债权人的债权,称为受动债权或主债权。抵消不仅是债的履行的简化,简省清偿的手续,而且使当事人一方不必借助起诉,法院判决及公权力的强制执行而满足其债权,乃法律所允许自力实现债权的方法。^②抵消作为民商法上债消灭的一种原因和重要制度,为各国立法所肯认。如《法国民法典》第1290条规定:“债务的抵消得依法律之效力当然发生,即使债务人不知,亦同。两宗债务自其开始同时存在起,即在各自同等数额范围内相互消灭之。”^③《意大利民法典》第1242条规定:“抵消将消灭同时并存的两个债务。法官不得依其职权提出抵消。如果查明共同存在的两个债务的消灭时效尚未届满,则消灭时效(参阅第2934条)不阻却抵消。”^④日本、台湾地区的民法典均有类似的规定。

在破产程序中,为保护对破产债务人负有债务的债权人,为节省互为给付和互受给付所生的徒劳和费用,及不致有不公平结果的发生,^⑤大多数国家的法律都在破产程序中允许破产债权债务的抵消。破产法上的抵消权,是在对民法上的抵消权适当扩张与限制的基础上设置的。正如有学者认为,“一是抵消权制度

* 倪静系深圳市中级人民法院法官助理,厦门大学法学院博士生。

① 史尚宽著:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第846页。

② 王泽鉴著:《民法概要》(王泽鉴法学全集第10卷),中国政法大学出版社2003年版,第313页。

③ 罗结珍译:《法国民法典》,中国法制出版社2002年版,第313页。

④ 费安玲、丁玫译:《意大利民法典》,中国政法大学出版社1997年版,第339页。

⑤ 如果一方的资力减弱,有破产之虞或已经开始破产程序时,一方当事人已无法为完全给付,却强求他方为完全给付,显失公平。

是为了担负担保性的功能,通过行使抵销权,而不根据破产手续就能优先得到清偿;二是如果不允许抵消,就会产生不公平的现象,即:自己欠破产财团的债务,被要求作出全面的履行;与此相对,自己拥有的债权,则作为破产债权,只能受到按比例的平均的分配”;^①相同的当事人之间的债权却处于不平等的清偿地位,有违公平原则。所以,在破产制度上设立了破产抵销权制度。但也有一些国家的破产法不允许进行破产抵消,典型的国家如法国。主张禁止破产抵消的观点主要是认为,抵消的作用在于使享有抵消权的债权人实际上担保其债权实现的目的,破产抵消违背了按比例分配债务人财产的原则,因为享有抵消权的债权人通过抵消得到了其债权的充分偿付,这使得抵消类似于一种未公开的担保权,对其他债权人而言是不公平的。^②我国采用前一种学者的观点,允许在破产程序中行使抵销权。破产抵销权的适用范围一方面包括破产债权,破产债权与属于破产财产的债权的抵消。这种抵消是破产程序中最为典型也最为常见的抵消,各国破产法所规定的抵消,多指这种抵消,另一方面也包括破产费用及财团债权,允许破产债权抵消,那么首先支付的破产费用或财团债权与对债务人负债肯定可以相互抵消。当然此抵消仍为民法意义上的抵消,而不是破产程序意义上的抵消,故不受破产程序关于抵消限制的约束。

破产中抵消权的行使与民法中抵消权的行使存在着诸多差别。

第一,性质区别。我国合同法第91条规定了抵消为合同权利义务终止的情形之一;民法上的抵消根据发生原因的不同,分为法定抵消和合意抵消。法定抵消,是指依据法律规定,以当事人单方意思表示所作的抵消。^③合同法第99条规定了法定抵消的行使,即当事人互负到期债务,该债务的标的物种类、品质相同的,任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵消,但依照法律规定或者按照合同性质不得抵消的除外。当事人主张抵消的,应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵消不得附条件或者附期限。法定抵消属于形成权的一种,因一方当事人的意思表示就可以产生效力,不需要相对人的协助,也没有必要经过法院的裁判,当然抵消权利的行使也不得附期限或者附有条件。合同法第83条还规定了对受让人的抵消,即“债务人接到债权转让通知时,债务人对让与人享有债权,并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的,债务人可以向受让人主张抵消”。对受让人的抵消属于法定抵消的组成部分。合意抵消是指,互负债务的当事人经意思表示一致所作的抵消。合意抵消是建立在债的当事人意志

① [日]石川明著,何勤华、周桂秋译:《日本破产法》,中国法制出版社2000年版,第209页。

② 石静遐著:《跨国破产的法律问题研究》,武汉大学出版社1999年版,第300页。

③ 柳经纬主编:《债权法》,厦门大学出版社2005年版,第43页。

自由原则的基础上,并以当事人的合意为条件,当事人可以在债的履行过程中,自愿以各自的债权充抵债务清偿,从而在相应的等额内消灭债的关系。合同法第100条规定了协议抵消,即当事人互负债务,标的物种类、品质不相同的,经双方协商一致,也可以抵消。

破产法上的抵消权,在我国《破产法》第33条是这样规定的:“债权人对破产企业负有债务的,可以在破产清算前抵消。”根据这一权利,破产债权人在破产宣告前对破产人负有债务的,无论是否已到清偿期限,无论债务标的、给付种类、品质是否相同,均可在破产分配完成之前相互抵消。破产抵消权,笔者认为,与破产别除权非常相似,台湾学者甚至认为有过之而无不及。^① 破产抵消权,究其实质为一种破产优先受偿债权,如果债权人对破产企业负有债务的,不必经过破产清算程序来消灭两者之间的债权债务关系,债权人享有“先取特权”,只是这种“先取特权”限于对债务人的“负债”范围内。因此,破产抵消权,其本质上是一种法律破产抵消权者,破产债权人于破产宣告时,对于破产人负有债务者,无论给付种类是否相同,得不依破产程序而为抵消;破产债权人之债权为附期限或附解除条件者,均得为抵消。^②

破产法上的抵消权比民法上的抵消权,对当事人具有更为重要的意义,在抵消的范围内实际起到担保的作用。在正常的民事活动中,当事人双方均有支付能力,民法上的抵消权主要只是为双方当事人节省结算时间和费用,担保的作用并不明显。而在破产程序中,如无抵消权的设置,破产债权人对破产人享有的债权,因破产人无力清偿,只能得到一定比例的偿还,甚至得不到偿还,但破产债权人对破产人所负的债务,却必须一分不少,全部清偿,利益相差甚大。^③

第二,行使的条件不同。民法上的抵消权,如果是法定抵消必须满足以下几个条件:债的当事人互负债务;双方债务标的为同一种类的给付;双方债务均已届履行期限;双方债务不属于不能抵消的债务,如与民事主体的人身或生存紧密相关的专项债务等。破产程序中的抵消权,其性质是一类法定抵消权,但是其行使却不必受到如此严苛的限制。其一,在破产程序中,可以抵消的债权,不限于种类相同的债权,种类不同的债权同样也可以抵消。由不同种类、品质的标的物形成的债权,一般折合为货币形式加以清偿。其二,附期限的债权可以抵消。在破产案件中,无论双方当事人的债权是否已届清偿期,都可以进行抵消;附条件的债权可以作为破产债权,未到期的债权也一律视为到期,但未到期的债权中应

① 陈计男著:《破产法论》,台北三民书局2002年版,第214页。

② 我国台湾破产法第113条。

③ 王欣新,《别除权 取回权 抵消权(下)》, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13118>, 2005年10月5日。

当减去未到期的利息。但是民法中未到期的债权则不得进行抵消。其三,附条件的债权可以抵消。在附停止条件的债权情况中,不允许直接进行抵消,破产债权人可以请求破产管理人将与该项债权数额相等的清偿权提存。在破产财产的最后分配以前,视条件的成就与否,再进行处理。条件已经成就的,债权人即可请求交付已提存的作为抵消用的破产财产部分;条件没有成就的,则该项债权不能作为破产债权而进行抵消,已提存的用作抵消的破产财产部分,则归入一般破产财产,按破产程序对其他破产债权进行清偿。对于附解除条件的债权,一般说来,破产债权人可以用此类债权进行抵消,只是对抵消款额必须提供充分的担保或者将应抵消的财产进行提存。以后如果解除条件成就了,破产债权人则必须返还已用作抵消的财产。如果在最终分配期限届满之前,解除条件尚未成熟,则该抵消有效,破产债权人为抵消权提供的担保,应予解除。^① 其四,将来行使请求权的抵消。我国破产立法均未作出规定,笔者赞同参照日本等国立法例,^②比照附条件债权的情形处理。将来行使之请求权,如不可分之债之债务人、连带债务人,或主债务人破产时,其他不可分债务人、连带债务人、保证人或提供担保之第三人,将来可行使之求偿权,及保证人中有人破产,其他保证人对之将来可行使之求偿权等均是。^③ 其五,超过诉讼时效即消灭时效的债权可以抵消。但是,除斥债权不能抵消,因为除斥债权为已经消灭了的债权,是实体上的消灭,“抵押权因除斥期间届满消灭”;^④而消灭时效的债权,仅适用于请求权,且在原则上一切请求权,均得因时效之完成,减损其力量,并非其实体权利归于消灭,债权人可以此债权对义务主张抗辩权。^⑤

第三,能够主张权利的主体不同。民法上的抵消权,只要符合法定条件,债权人和债务人双方均有权主张抵消。但是,在破产程序中能够提出抵消的权利人以债权人为限,抵消必须由债权人主动向清算组提出行使,破产债务人或破产管理人均不得主张抵消。因为抵消权作为债权人的一项权利,属于主动债权,是可以任由其行使或放弃的,而清算组提出抵消,将使破产财产减少,客观上对多数破产债权人不利,与清算组应为全体债权人的共同利益活动的职责不符。

第四,行使的限制条件不同。民法上抵消权的行使,只要满足上述笔者已经谈到的几个条件,双方当事人均可以行使,没有特别的要求。但是破产抵消权的

① 郑远民著:《破产法律制度比较研究》,湖南大学出版社2002年版,第114页。

② 日本破产法第100条规定:[附停止条件债权人的地位]有附停止条件债权或将来请求权者清偿其债务时,为日后抵消,可以于其债权额限度内,请求寄托其清偿额。

③ 陈计男著:《破产法论》,台北三民书局2002年版,第219页。

④ 曹士兵著:《中国担保问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》,中国法制出版社2001年版,第259页。

⑤ 梅仲协著:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第155页。

行使却受到下列几个条件的限制:①其一,必须是债权人在破产案件受理前对破产人负有的债务,并且债权必须经过申报确认;破产债权人在破产案件受理后对破产人负有债务的,不适用破产抵消,目的则是为保证抵消权利的正确行使。因为破产宣告前的债务是对破产人产生的,破产宣告后的债务则是对破产财产产生的,两者主体实际上并不相同。破产财产是用于清偿全体破产债权人的,如允许这种债务抵消,就会在债权人之间出现不公平清偿的现象。例如,破产债权人在破产宣告后购买破产企业财产,负有债务,不予清偿,却用其不能获得完全清偿的破产债权来全额抵消,从中渔利,使其他破产债权人可分得的破产财产减少。这种行为不仅损害其他债权人的利益,还可能造成破产秩序的混乱,故法律规定,这种债务不得抵消。②其二,必须在破产分配方案公告前向管理人主张抵消,避免延误破产程序的进行。其三,破产债权人已知破产人有不能支付到期债务或者破产申请的事实,对破产人负担债务的,不适用破产抵消,但是,债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外。这里的禁止抵消以破产宣告日作为界限。如果债权人在债务人破产危机期间,出于抵消牟利的目的,恶意对破产人发生债务,那么这种债务是不能抵消的。因为仅仅禁止破产宣告前的不当抵消行为不足以保证多数破产债权人的利益,维护清偿的公平。其四,破产人的债务人已知破产人有不能支付到期债务或者破产申请的事实,对破产人取得债权的,不适用破产抵消,但是,债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。日本的司法判例认为,此款禁止范围,包括对“通过对他人的破产债权作出代位偿还所取得的债权”。③但是,如果债权的取得,是基于法定原因(如继承)或得知上述情况以前的原因,则不在禁止抵消之列。其五,允许破产债权与属于破产债务人自由财产的抵消,这种抵消发生在将破产程序适用于自然人的国家的司法实务中。笔者认为,当

① 《中华人民共和国企业破产法(草案)》(二次审议稿)第123条:债权人在破产案件受理前对破产人负有债务的,可以在破产分配方案公告前向管理人主张抵消。第124条:有下列情形之一的,不适用本法第123条规定的抵消:破产债权人在破产案件受理后对破产人负有债务的;破产人的债务人在破产案件受理后取得他人破产债权的;破产债权人已知破产人有不能支付到期债务或者破产申请的事实,对破产人负担债务的,但是,债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外。破产人的债务人已知破产人有不能支付到期债务或者破产申请的事实,对破产人取得债权的,但是,债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。

② 王欣新:《别除权 取回权 抵消权(下)》, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13118>, 2005年10月5日。

③ [日]石川明著,何勤华、周桂秋译:《日本破产法》,中国法制出版社2000年版,第138页。

破产债权人主张抵消时,应不允许抵消,但破产债权人出于自己的本意主张抵消时,当无不许抵消的理由,自由财产系属于债务人的财产,得自由处分;当然这种抵消为民法意义上的抵消而非破产法意义上的抵消。其六,实体法禁止抵消的,也不得抵消。如除斥债权不得抵消;股东出资义务形成的股东对企业的负债,不得与该股东对企业的债权抵消;根据最高人民法院的司法解释,破产企业的股东享有的破产债权,不得与其未到位的注册资本金相抵消;^①侵权行为造成的损害赔偿不得抵消等。其七,受特别约定限制的债权,不得抵消。例如:债务人在债权人处的财产属于法律上的信托财产,债权人不得抵消;债权人向债务人承诺不行使抵消权或承诺债务人所交存的财产仅作特别用途使用的,抵消权不得行使。^②其八,违反诚实信用原则取得的债权,不得抵消。如因破产法规定的可撤销的行为而产生的债权。其九,受让的破产债权不得抵消。经确认的破产债权可以转让,但受让人不得以受让的债权抵消其所欠债务人的债务。受让的破产债权不能成立抵消权,这是考虑到破产债权人公平受偿的需要。因为破产债权一般只能获得一定比例的清偿,但如果用于抵消债务时却可以获得全额清偿。如果允许这种情况的发生,势必导致债务人低价收买破产债权抵消债务,非法牟利。比如甲欠破产企业100万,应当偿还,在企业破产后甲受让破产债权人乙的破产债权100万,这两个100万不得抵消,否则既免除了甲的100万欠款,又使得乙的100万破产债权得到全额受偿,不利于保护其他破产债权人的权利。^③日本的学者认为,在此种情况下,即使破产人的债务人对破产债权的取得,是在其不知道破产事实的情况下善意的结果,或是基于法定的原因(如继承),也均禁止抵消。^④其十,因破产规定的无效行为而产生的债权不得行使抵消权。

① 最高人民法院在《关于破产债权能否与未到位的注册资金抵消问题的复函》(1995年4月10日法函[1995]32号)指出,“中国外运武汉公司(下称武汉公司)与香港德仓运输股份有限公司(下称香港公司)合资成立的武汉货柜有限公司(下称货柜公司),于1989年3月7日至8日曾召开董事会议,决定将注册资金由原来的110万美元增加到180万美元。1993年1月4日又以董事会议对合资双方同意将注册资金增加到240万美元的《协议书》予以认可。事后,货柜公司均依规定向有关审批机构和国家工商行政管理局办理了批准、变更手续。因此,应当确认货柜公司的注册资金已变更为240万美元,尚未到位的资金应由出资人予以补足。货柜公司被申请破产后,武汉公司作为货柜公司的债权人同货柜公司的其他债权人享有平等的权利。为保护其他债权人的合法权益,武汉公司对货柜公司享有的破产债权不能与该公司对货柜公司未出足的注册资金相抵消”。

② 齐树洁主编:《破产法研究》(修订本),厦门大学出版社2005年版,第337页。

③ 李国光等著:《正确理解〈关于审理企业破产案件若干问题的规定〉》,中国法制出版社2002年版,第154页。

④ [日]石川明著,何勤华、周桂秋译:《日本破产法》,中国法制出版社2000年版,第138页。

破产抵消权的行使与民法抵消权的行使并行不悖,在不违背破产法公平清偿的原则下破产程序中也可以适用民法上的抵消权,只是两者的行使存在着诸多差别,因此应区别不同情况,谨慎采用。